

DIVESTASI SEBAGAI ALTERNATIF MEMPERTAHANKAN VIABILITAS PEREKONOMIAN INDONESIA (DARI PERSPEKTIF *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*)

Oleh :

**Putu Edgar Tanaya, S.H., M.H.
Dosen Fakultas Hukum Universitas Udayana**

Abstract

This study aims to find out developments and constraints implementation of the divestitures in Indonesia, both conducted by STATE-OWNED ENTERPRISES as well as foreign investor. Understanding of the developments and constraints will make it easier to steps that must be performed related constraints – obstacles occur. One of the problems that arise related divestitures are not yet the existence of a clear and definite criteria concerning the areas that must be controlled by the State.

Article 33 of the Constitution states the relating fields with his life many people should be controlled by the State. Setting the article expressly and clearly gives the criteria field of the divestment. Based on the study of laws and decision the Constitutional Court there are several fields relating to: electrical fields, defense and security fields, the fields of water resources.

Keywords: Divestiture, The Field Associated with the Intention of Living People, The Right To Master The State.

Abstrak

Kajian ini bertujuan untuk mengetahui perkembangan dan kendala-kendala pelaksanaan divestasi di Indonesia, baik yang dilakukan oleh BUMN maupun penanam modal asing. Pemahaman terhadap perkembangan dan kendala-kendala tersebut akan memudahkan menginventarisir langkah-langkah yang harus dilakukan terkait kendala-kendala yang terjadi. Salah satu permasalahan yang timbul terkait divestasi adalah belum adanya kriteria yang jelas dan tegas mengenai bidang yang harus dikuasai oleh negara.

Pasal 33 UUD NRI 1945 menyatakan bidang yang berkaitan dengan hajat hidup orang banyak harus dikuasai oleh negara. Pengaturan pasal tersebut belum secara tegas dan jelas memberikan kriteria bidang divestasi. Berdasarkan kajian terhadap peraturan perundang-undangan dan putusan mahkamah konstitusi didapatkan beberapa bidang yang berkaitan dengan hajat hidup orang banyak yakni: bidang ketenagalistrikan, bidang pertahanan dan keamanan, bidang sumber daya air.

Kata Kunci: Divestasi, Hak Menguasai Negara, Bidang yang Berkaitan dengan Hajat Hidup Orang Banyak.

A. PENDAHULUAN

1. Latar Belakang Masalah

Alinea keempat pembukaan UUD NRI 1945 menyebutkan bahwa salah satu tujuan bernegara adalah kesejahteraan umum bagi masyarakat Indonesia. Kemudian pada Pasal 33 ayat (3) disebutkan bahwa “bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar – besar kemakmuran rakyat”. Berdasarkan pengaturan UUD NRI 1945 tersebut, mengandung arti bahwa Indonesia menganut negara kesejahteraan sehingga negara mempunyai tanggung jawab dalam mewujudkan kesejahteraan bagi rakyatnya.

Negara melakukan beberapa langkah seperti melakukan investasi baik berupa aset maupun surat berharga untuk menambah pemasukan negara. Salah satu investasi yang dilakukan negara adalah dengan mendirikan Badan Usaha Milik Negara untuk mengelola bidang – bidang yang dikuasai oleh negara. Landasan

yuridis BUMN diatur dalam Undang – Undang No. Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara¹ serta Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas yang berkaitan dengan PT (Persero). Negara juga bekerjasama dengan penanam modal baik asing maupun dalam negeri untuk ikut berkontribusi dalam pembangunan nasional.² Negara memberikan kesempatan penanam modal untuk ikut serta dalam pembangunan nasional mengingat kemampuan suatu negara terbatas namun di sisi lain negara mempunyai tanggung jawab mewujudkan kesejahteraan bagi rakyatnya.

Suatu PT (Persero) sama halnya dengan PT milik swasta, melakukan aktifitas bisnis untuk mendapatkan

¹Dalam undang – undang BUMN yang lama dikenal 3 jenis badan usaha yang dimiliki negara, yakni PT (Persero), Perusahaan Umum (PerUm), dan Perusahaan Jawatan (PerJan). Sedangkan dalam Undang – Undang No. 19 Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara hanya dikenal 2 jenis badan usaha milik negara yakni PT (Persero) dan Perusahaan Umum (PerUm).

²Bentuk kerja sama pemerintah dengan penanam modal asing seringkali menggunakan mekanisme patungan (joint venture), yakni dengan pendirian PT. bersama-sama dengan BUMN, BUMD, dan Badan Usaha Swasta Nasional (lihat Undang – Undang No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal).

keuntungan (*profit oriented*). Aktivitas bisnis suatu perusahaan (baik PT (persero) maupun PT swasta) tentunya dalam perjalanannya mengalami dinamika, sehingga sangat mungkin suatu perusahaan (termasuk PT. Persero) melepaskan sahamnya baik sebagian maupun seluruhnya kepada pihak lain. Pelepasan saham yang dilakukan suatu perusahaan dikenal dengan divestasi saham. Divestasi ini dilakukan oleh perusahaan biasanya dengan alasan efisiensi (*efficiency reason*).

Divestasi saham BUMN kepada pihak swasta memberikan peluang kepada pihak swasta untuk ikut dalam pembangunan nasional. Ketika divestasi saham BUMN tersebut mengarah kepada pengalihan kepemilikan dari negara menjadi swasta (privatisasi BUMN), di satu sisi memberikan tambahan pemasukan bagi negara namun disisi lain privatisasi BUMN tersebut menimbulkan permasalahan lain.

Penanaman modal di Indonesia diatur dalam Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (selanjutnya disingkat UUPM) menjadi

aturan induk setiap kegiatan penanaman modal di Indonesia. Berbeda dengan BUMN, alasan divestasi yang dilakukan oleh penanam modal asing bukan hanya karena efisiensi bisnis. Penanam modal asing yang memiliki alasan yuridis dan non yuridis untuk melakukan divestasi terhadap mitra lokal.³

Alasannya yuridis penanam modal asing mendivestasikan sahamnya kepada mitra lokal karena diwajibkan oleh peraturan perundang-undangan. Seperti yang diatur dalam Pasal 112 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara, bahwa setelah 5 (lima) tahun berproduksi investor asing berkewajiban untuk melakukan divestasi saham. kemudian Pasal 97 Peraturan Pemerintah Nomor 23 tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batu Bara yang juga mewajibkan penanam modal asing yang bergerak dalam bidang pertambangan untuk mendivestasikan

³Putu Edgar Tanaya, 2015, "Akibat Hukum Tidak Dipenuhinya Kewajiban Divestasi Saham Dalam Bidang Pertambangan oleh Penanam Modal Asing Kepada Negara", Skripsi, Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, hal. 63.

sahamnya kepada negara. Bahkan dalam Pasal 97 ayat (1) Peraturan Pemerintah No 24 Tahun 2012 tentang Perubahan Atas Peraturan Pemerintah Nomor 23 tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batu Bara tersebut penanam modal asing diwajibkan mendivestasikan sahamnya minimal 51%.

Alasan non yuridis penanam modal asing berkewajiban mendivestasikan sahamnya kepada mitra lokal juga menjadi dasar filosofis peraturan perundang – undangan yang mengatur tentang kewajiban divestasi. Alasan-alasan non yuridis tersebut sebagai berikut:

1. Meningkatkan pendapatan negara;
2. Meningkatkan pendapatan daerah;
3. Meningkatkan kesejahteraan masyarakat; dan
4. Mengurangi peran badan hukum asing dalam pengelolaan dan pemanfaatan sumberdaya alam tambang di Indonesia.⁴

Pengaturan kewajiban divestasi di Indonesia hanya diperuntukan bagi penanam modal asing yang menanamkan modalnya dalam bidang pertambangan. Bidang-bidang selain tambang belum memiliki pengaturan terkait divestasi saham, hal ini menjadi penting mengingat pada hakekatnya masuknya penanam modal asing ke Indonesia hanya sebagai pelengkap. Ketika mitra nasional sudah mampu baik dari segi materi dan non materi, seharusnya pengelolaan bidang tersebut dikembalikan kepada mitra nasional dengan dukungan peraturan perundang-undangan sebagai landasan yuridisnya.

Divestasi terhadap BUMN maupun penanam modal asing harus mempunyai suatu kriteria dalam penentuan bidang yang akan didivestasikan. Terkait divestasi yang dilakukan BUMN, hal ini menjadi penting untuk menghindari dilakukannya privatisasi terhadap BUMN tertentu yang pada akhirnya merugikan masyarakat. Kemudian pentingnya penentuan kriteria tersebut dalam kegiatan penanaman modal asing adalah untuk

⁴H.Salim HS, 2013, *Hukum Divestasi di Indonesia (Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi RI Nomor 2/SKLN-X/2012)*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, hal. 136.

memastikan bidang – bidang tersebut tetap dikelola oleh mitra nasional. Kriteria ini kemudian digunakan sebagai landasan untuk membuat peraturan perundang-undangan.

Berdasarkan hal tersebut, penulis sangat tertarik melihat divestasi ini dari perspektif *economic analysis of law* (EAL), EAL mempunyai 4 konsep dasar yakni pilihan rasional (*rational choice*), nilai (*value*), kegunaan (*utility*) dan *efficiency*.⁵ Kriteria suatu divestasi berdasarkan EAL bukan hanya faktor *efficiency* namun juga harus melihat *rational choice*, *value*, dan *utility* yang terdapat di dalamnya dengan tetap menjadikan keadilan sebagai *economic standard*. Sehingga pada akhirnya ketepatan menentukan kebijakan divestasi (*input*) akan mempengaruhi terwujudnya

kesejahteraan masyarakat yang merupakan tujuan negara (*output*).

2. Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang di atas, berikut rumusan masalah yang akan dikaji dalam jurnal ilmiah ini:

- Bagaimanakah perkembangan dan kendala-kendala divestasi yang dilakukan BUMN dan penanam modal asing di Indonesia ?
- Kriteria apakah yang digunakan dalam menentukan bidang yang akan didivestasikan oleh Badan Usaha Milik Negara dan penanam modal asing?

B. PEMBAHASAN

1. Perkembangan dan Kendala Pelaksanaan Divestasi oleh BUMN dan Penanam Modal Asing

Perkembangan divestasi baik yang dilakukan negara melalui BUMN maupun yang dilakukan penanam modal asing kepada mitra nasional dewasa ini masih belum berjalan secara maksimal untuk mewujudkan kesejahteraan bagi rakyat

⁵Konsep *economic analysis of law* (EAL) diawali dari pondasi *utilitarianisme* yang dibangun oleh Jeremy Bentham, menekankan prinsip kemanfaatan sebagai doktrin ilmu hukum. Konsep Jeremy Bentham tersebut dikonsepkan menjadi EAL oleh Posner. (Fajar Sugianto, 2013, *Economic Analysis of Law: Seri Analisis Ke-ekonomian tentang Hukum*, Prenada Media Group, Jakarta, hal. 25-28).

Indonesia. Berikut perkembangan dan permasalahan yang terjadi terkait divestasi yang dilakukan oleh BUMN dan penanam modal asing.

a. Divestasi BUMN

Pada era Tahun 1980-an sampai sekarang banyak BUMN yang melakukan divestasi yang mengarah kepada privatisasi, seperti PT. Telkom, PT. Perusahaan Gas Negara, PT. Bank Mandiri, PT. Bank BNI 46, PT. Indosat, PT. Aneka Tambang, PT. Semen Gresik dan lain – lain. Namun ekspetasi privatisasi tersebut tidak sesuai dengan realita yang diharapkan bahkan menimbulkan banyak permasalahan. Sebagai contoh, pada tahun 1995 pemerintah memprivatisasi PT. Telkom dan pada tahun 2002 pemerintah memprivatisasi PT. Indosat yang ternyata dibeli oleh anak perusahaan dari Temasek *Holding Company* BUMN Singapura. Indosat dan Telkom pada waktu itu merupakan perusahaan telekomunikasi terbesar di Indonesia sehingga menguasai

lebih dari 75% pangsa pasar telepon seluler. Kondisi tersebut dimanfaatkan oleh Temasek melalui anak perusahaannya untuk melakukan praktek monopoli dengan melakukan penentuan harga (*price fixing*) yang sebenarnya dilarang oleh Undang – Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Akibat yang ditimbulkan dengan dilakukan *price fixing* adalah merugikan masyarakat sebagai konsumen. Pada akhirnya berdasarkan Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) Nomor:07/KPPU-L/2007 menyatakan bahwa Temasek telah melakukan praktek monopoli.

Undang – Undang No. 23 Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara (selanjutnya disebut UUBUMN) memang memberikan peluang kepada sektor swasta untuk memprivatisasi BUMN. Pasal 1 butir 12 UUBUMN memberikan defisini privatisasi adalah penjualan saham persero , baik sebagian maupun

seluruhnya, kepada pihak lain dalam rangka meningkatkan kinerja dan nilai perusahaan, memperbesar manfaat bagi negara dan masyarakat, serta pemilikan saham oleh masyarakat.

Privatisasi BUMN pasti memiliki maksud tertentu, Pasal 74 ayat (1) UUBUMN mengatur maksud dari privatisasi adalah:

- a) Memperluas kepemilikan masyarakat atas persero;
- b) Meningkatkan efisiensi dan produktivitas perusahaan;
- c) Menciptakan struktur keuangan dan manajemen keuangan yang baik
- d) Menciptakan struktur industri yang sehat dan kompetitif.

Pada akhirnya keputusan untuk melakukan privatisasi BUMN pada bidang tertentu harus mempunyai kriteria yang tepat, jangan karena alasan efisiensi baik yang bersifat ekonomikal maupun politikal kemudian BUMN tersebut

dialihkan kepemilikannya kepada sektor swasta.

b. Divestasi Penanam Modal Asing

Penanaman Modal Asing (PMA) yang kontraknya bernilai besar di Indonesia adalah kontrak karya pertambangan PT. Newmont Nusa Tenggara dan PT. Freeport. Dalam kontrak karya kedua perusahaan tersebut ada klausul yang mewajibkan pemegang saham asing kedua perusahaan tersebut untuk melakukan divestasi kepada mitra nasional. Pasal 24 ayat (3) Kontrak karya antara Pemerintah Republik Indonesia dengan Newmont Nusa Tenggara disebutkan bahwa Newmont harus menjamin sahamnya didivestasikan kepada mitra nasional (diutamakan kepada pemerintah). Kemudian pada ayat (4)nya disebutkan bahwa Newmont harus mendivestasikan sahamnya sekurang – kurangnya 51% sampai tahun kesepuluh setelah beroperasi.⁶

⁶Lampiran kontrak karya antara Pemerintah Republik Indonesia dan Newmont ada di penulis.

Ternyata proses divestasi saham oleh Newmont kepada mitra nasional tidak berjalan dengan lancar. Newmont tidak melaksanakan kewajibannya, padahal kontrak karya tersebut sudah disepakati oleh para pihak dan mengikat kedua belah pihak layaknya undang-undang (*pacta sunt servanda*). Kontrak tersebut juga seharusnya dilaksanakan dengan itikad baik (*good faith*).⁷

Sampai pada akhirnya Pemerintah Indonesia mengajukan gugatan arbitrase.⁸ Putusan arbiter kemudian memenangkan Pemerintah Indonesia dan mengharuskan Newmont untuk melaksanakan kewajibannya untuk mendivestasikan saham kepada mitra nasional.

Sampai saat ini, ternyata Newmont belum menyelesaikan kewajibannya pasca putusan arbitrase, padahal berdasarkan kontrak karya Newmont seharusnya sudah mendivestasikan sahamnya sekurang – kurangnya 51% pada tahun 2010.

Kewajiban divestasi ini bukan hanya diatur dalam kontrak karya namun diatur juga dalam peraturan perundang-undangan. Undang-Undang No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan mewajibkan untuk setiap penanam modal asing yang bergerak di bidang pertambangan untuk mendivestasikan sahamnya kepada mitra nasional. Dalam Pasal 97 ayat (1) Peraturan Pemerintah No 24 Tahun 2012 tentang Perubahan Atas Peraturan Pemerintah No. 23 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batu Bara mewajibkan penanam modal asing untuk mendivestasikan saham minimal 51 % kepada mitra nasional. Sehingga selain melaksanakan kewajiban sesuai kontrak, penanam modal asing juga harus melaksanakan perintah peraturan perundang – undangan sesuai pengaturan Pasal 1339 KUHPerduta.

Pihak yang menerima saham divestasi tersebut baik dalam kontrak

⁷Lihat Pasal 1338 KUHPerduta.

⁸Arbitrase merupakan *choice of forum* yang dipilih para pihak ketika terjadi sengketa, hal ini diatur dalam kontrak karya.

karya maupun dalam peraturan perundang-undangan adalah:

- a) Pemerintah Pusat;
- b) Pemerintah daerah provinsi / Kabupaten / Kota;
- c) BUMN;
- d) BUMD; dan
- e) Badan Usaha Swasta Nasional.

Pertambangan sebagai bidang yang berkaitan dengan hidup orang banyak bukan bidang yang bersifat kedaerahan sehingga harus dikelola oleh pemerintah pusat agar tujuan negara yakni kesejahteraan bagi seluruh rakyat Indonesia dapat diwujudkan.

Berdasarkan hal tersebut negara mempunyai 2 (dua) fungsi yakni sebagai *regulator* ketika membuat suatu peraturan perundang-undangan dan sebagai *entrepreneur* ketika melakukan aktivitas privat artinya negara menjadi para pihak yang mempunyai kedudukan seimbang (*equal*) dengan pihak lain.⁹

⁹W. Friedmann membagi fungsi negara menjadi 4 (empat), yakni: negara sebagai *regulator*, *provider*, *umpire*, dan *entrepreneur*.

Kewajiban divestasi oleh penanam modal asing kepada mitra nasional hanya diatur dalam bidang pertambangan. Diperlukan suatu kriteria yang nantinya akan menjadi landasan pembuatan peraturan perundang-undangan mengenai bidang-bidang yang harus dikuasai oleh negara

2. Konsepsi Bidang yang Didivestasikan oleh BUMN dan Penanam Modal Asing

Perekonomian nasional diselenggarakan berdasarkan atas asas demokrasi ekonomi, hal ini diatur dalam Pasal 33 ayat (4) UUD NRI 1945.¹⁰ Prinsip demokrasi ekonomi memberikan kesempatan kepada masyarakat luas untuk berperan aktif dalam proses pembangunan nasional. Berdasarkan hal tersebut kemudian negara memberikan kesempatan kepada masyarakat untuk ikut mengelola bidang-

(W. Friedmann, 1971, *The State and the Rule of Law in a Mixed Economy*, Steven and son, London, hal. 3)

¹⁰Pasca perubahan keempat UUD 1945, pada Pasal 33 ditambah ayat baru yakni ayat (4) yang pada intinya berisi prinsip-prinsip yang harus dilaksanakan dalam rangka penyelenggaraan perekonomian nasional.

bidang yang dikuasai oleh negara, baik melalui BUMN atau bekerjasama dengan penanam modal asing.

Ketika suatu bidang yang dikuasai oleh negara dikelola oleh pihak swasta, maka orientasinya akan lebih dominan untuk mencari keuntungan (*profit oriented*). Padahal Pasal 33 ayat (4) menyatakan bahwa prinsip penyelenggaraan perekonomian nasional bukan hanya efisiensi, namun efisiensi yang berkeadilan. Keadilan menjadi *economic standart* setiap penyelenggaraan perekonomian nasional. Tentunya prinsip efisiensi berkeadilan hanya dapat dilaksanakan melalui penguasaan negara. Makna menguasai oleh negara adalah negara tidak menjadi pemilik (*eigenaar*) benda-benda yang termasuk kepunyaan publik. Pada beberapa aturan disebutkan bahwa *publicdomain* hanya dikuasai negara, tidak dimiliki negara seperti pada Pasal 33 ayat (2) dan (3) UUD 1945 disebutkan bahwa negara hanya menguasai. Kemudian, Pasal 2 dan Pasal

2 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Undang-Undang Pokok Agraria¹¹ juga menyebutkan bahwa negara tidak bisa disebut sebagai *eigenaar* atas benda-benda obyek agraria. Di Indonesia tidak dikenal adanya pemilikan oleh negara terhadap *publicdomain* agraris, hukum Indonesia hanya mengenal "hak menguasai".

Terkait dengan divestasi baik yang dilakukan BUMN maupun penanam modal asing, maka diperlukan suatu kriteria mengenai bidang yang harus dikuasai oleh negara. Pasal 33 ayat (2) UUD NRI 1945 menyebutkan bahwa "cabang - cabang produksi yang penting bagi negara dan memenuhi hajat hidup orang banyak dikuasai oleh

¹¹Pasal 2 UUPA menyatakan bahwa: "Bumi, air dan ruang angkasa termasuk kekayaan alam yang terkandung di dalamnya pada tingkatan tinggi dikuasai negara, sebagai organisasi kekuasaan seluruh rakyat. Kemudian pada ayat (2)nya diberikan penegasan yang dimaksud dengan hak menguasai, merupakan kewenangan untuk: mengatur dan menyelenggarakan peruntukan, persediaan dan pemeliharaan bumi, air dan ruang angkasa tersebut, menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dengan bumi, air, dan ruang angkasa dan menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan hukum yang mengenai bumi, air, dan ruang angkasa.

negara”. Pasal tersebut belum memberikan suatu kriteria yang jelas mengenai cabang-cabang produksi apa saja yang dianggap penting bagi negara dan yang berkaitan dengan hajat hidup orang banyak.

Cabang-cabang produksi yang dianggap penting bagi negara dan yang berkaitan dengan hajat hidup orang banyak tidak dirumuskan dengan jelas dan tegas oleh Pasal 33 ayat (2). Kemudian pada ayat (3)nya disebutkan bahwa “Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara..” pengaturan pasal tersebut walaupun disebutkan bidang yang dikuasai oleh negara namun masih belum secara jelas dan tegas menyebut bidang usaha yang harus dikuasai negara.

Kemudian oleh Pasal 77 UUBUMN memberikan batasan tentang bidang yang tidak dapat dilakukan privatisasi, yaitu:

a) Bidang usahanya berdasarkan ketentuan peraturan perundang –

undangan hanya boleh dikelola oleh BUMN;

b) Bidang pertahanan dan keamanan;

c) Perseroan yang yang diberikan tugas khusus yang berkaitan dengan kepentingan masyarakat; dan

d) Bidang sumber daya alam yang secara tegas diatur dalam undang-undang.

Mahkamah Konstitusi *judicial review* yang dilakukan Mahkamah Konstitusi terhadap beberapa undang-undang yang dianggap bertentangan dengan Pasal 33 UUD NRI 1945:

3. Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan

Negara harus tetap mempertahankan posisi sebagai pihak yang menentukan dalam proses pembuatan suatu keputusan dan penentuan kebijakan terkait kegiatan usaha ketenagalistrikan. Tenaga listrik belum dapat diartikan, disamakan dan diperlakukan sebagai komoditi ekonomi layaknya barang-barang lain, tenaga listrik harus dianggap sebagai prasarana yang perlu disubsidi. Pengertian

kompetisi dan perlakuan yang sama kepada setiap pelaku usaha yang diatur dalam Pasal 16, 17 ayat (1), dan 21 ayat (3) Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan tidak dapat diterima, karena dengan pengertian seperti tersebut makna penguasaan negara yang mencakup pengaturan, pengurusan, pengelolaan, dan pengawasan akan dikurangi ketika diberlakukan prinsip persamaan dalam sistem persaingan dengan badan usaha swasta nasional maupun badan usaha asing.

Pengaturan mengenai *unbundling* dengan pelaku usaha yang berbeda juga akan makin membuat BUMN terpuruk yang bermuara pada tidak terjaminnya pasokan listrik kepada semua lapisan masyarakat, baik yang bersifat komersial maupun non-komersial, sehingga akan merugikan kepentingan masyarakat, bangsa, dan negara.

Pada akhirnya Undang-Undang Ketenagalistrikan Tahun 2002 diputus tidak sesuai atau bertentangan dengan

Pasal 33 UUD NRI 1945 karena mendorong privatisasi perusahaan tenaga listrik sebagai cabang produksi yang dianggap penting dan menguasai hajat hidup orang banyak yang seharusnya dikuasai oleh Negara (Pasal 33 ayat (2)), akan merugikan hak-hak konstitusional warga negara, dan kebijakan *unbundling* merupakan upaya privatisasi perusahaan tenaga listrik dan menjadikan tenaga listrik sebagai komoditas pasar yang berarti tidak lagi memberi proteksi kepada mayoritas rakyat yang belum mampu menikmati listrik.¹²

5. Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air

Sumber daya air juga merupakan bidang yang berkaitan dengan hajat hidup orang banyak. Sebagai unsur yang menguasai hajat hidup orang banyak, sesuai dengan Pasal 33 ayat (2) dan ayat (3) haruslah dikuasai negara. Dalam

¹²Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 001/PUU-I/2003 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945, 15 Desember 2004.

pengusahaan air harus ada pembatasan ketat sebagai upaya menjaga kelestarian dan ketersediaan air bagi kehidupan.

Dalam Pasal 40, 41, dan 45 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air yang memungkinkan keterlibatan swasta dalam penyelenggaraan sumber daya air, yang akan mendorong peningkatan peran swasta. Keterlibatan swasta bukan hanya dalam bentuk penyediaan air minum, tetapi juga pengelolaan sumber-sumber air dan penyediaan air baku bagi irigasi pertanian. Ditambah dalam pengaturan undang-undang ini tidak memberikan batasan kepemilikan swasta, terutama swasta asing dalam pengelolaan air. Hal ini akan mengurangi peran negara dalam pengelolaan air sehingga bertentangan dengan Pasal 33 UUD NRI 1945.

Atas dasar tersebut Undang-Undang nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber daya air akhirnya dimohonkan untuk dilakukan *judicial review* di MK. Berikut

5 poin pembatasan pengelolaan sumber daya air:¹³

- a) Setiap pengusahaan air tidak boleh mengganggu dan meniadakan hak rakyat. Soalnya, selain dikuasai negara, air ditujukan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat;
- b) Negara harus memenuhi hak rakyat atas air sebagai salah satu hak asasi manusia, yang berdasarkan Pasal 28I ayat (4) UUD harus menjadi tanggung jawab pemerintah;
- c) Pengelolaan air pun harus mengingat kelestarian lingkungan;
- d) Sebagai cabang produksi yang penting dan menguasai hajat hidup orang banyak air menurut Pasal 33 ayat 2 UUD 1945 harus dalam pengawasan dan pengendalian oleh negara secara mutlak; dan

¹³Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 85/PUU-XI/2013 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber daya Air terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945, 18 Februari 2013.

e) Hak pengelolaan air mutlak milik negara, maka prioritas utama yang diberikan perusahaan atas air adalah BUMN atau BUMD.

Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air dinyatakan bertentangan dengan Pasal 33 UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat, sehingga Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1974 tentang Pengairan dinyatakan berlaku kembali untuk mencegah kekosongan hukum (*vacuum of recht*).

Jika dilakukan perbandingan dengan negara Sudan, Sudan sudah memiliki undang-undang yang secara khusus mengatur tentang divestasi. *Sudan Accountability and Divestment Act of 2007* mengatur suatu kriteria bidang – bidang yang harus didivestasikan kepada negara (bidang yang berkaitan dengan hajat hidup orang banyak), yaitu:

- a. Produksi ketenagalistrikan;
- b. Pertambangan mineral;

c. Minyak; atau

d. Produksi perlengkapan militer.¹⁴

Penguasaan bidang – bidang yang berkaitan dengan hajat hidup orang banyak oleh negara akan memaksimalkan terwujudnya tujuan bernegara yakni kesejahteraan, karena negara selalu dapat *improve* diri tanpa harus bergantung pada mekanisme pasar (*pareto improvement*)¹⁵. Artinya pemerintah dalam membuat kebijakan tidak dapat hanya melihat sisi efisiensi (*efficiency*) saja namun juga sisi kemanfaatan (*utility*) sehingga kebijakan yang dapat dijalankan secara efisien dan memberi kemanfaatan dengan tetap menjadikan keadilan sebagai *economic standard* akan mempunyai nilai (*value*) dihadapan masyarakat.

¹⁴H.Salim HS, *Op.Cit*, hal. 130.

¹⁵*Pareto improvement* yakni suatu keadaan dimana adanya sebuah aktivitas membuat sebagian masyarakat menjadi lebih baik dan tidak ada yang dirugikan (sebagian yang lain tidak mengalami perubahan). (Nunuk Dwi Retnan dari, 2014, *Pengantar Ilmu Ekonomi dalam Kebijakan Publik*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hal. 54.)

C. PENUTUP

Berdasarkan pembahasan di atas, ada beberapa kesimpulan yang dapat ditarik, yaitu:

1. Divestasi yang dilakukan BUMN dan penanam modal asing memiliki kendala-kendala, yakni belum adanya suatu kriteria dalam menentukan bidang yang harus dikuasai oleh negara.
2. Kriteria yang digunakan dalam menentukan bidang yang harus dikuasai oleh negara adalah bidang yang berkaitan dengan hajat hidup orang banyak. Bidang yang berkaitan dengan hajat hidup orang banyak oleh beberapa peraturan perundang-undangan dan putusan mahkamah konstitusi yakni: a) Bidang pertahanan dan keamanan; b) Bidang sumber daya air; c) Bidang pertambangan; dan d) Bidang ketenagalistrikan.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

HS,H.Salim, 2013, *Hukum Divestasi di Indonesia (Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi RI Nomor 2/SKLN-X/2012)*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta.

Friedmann, W., 1971, *The State and the Rule of Law in a Mixed Economy*, Steven and son, London.

Retnandari,NunukDwi, 2014, *Pengantar Ilmu Ekonomi dalam Kebijakan Publik*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta.

Subekti, R., R. R. Tjitrosudibio, 1984, *Kitab Undang – Undang Hukum Perdata*, Pradnya Paramita, Jakarta.

Sugianto, Fajar, 2013, *Economic Analysis of Law: Seri Analisis ke-ekonomian tentang Hukum*, Prenada Media Group, Jakarta.

Sumardjono,Maria SW., 2014, *Metodelogi Penelitian Hukum*, Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta.

Sumber Hukum

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1960 tentang Undang-Undang Pokok Agraria. Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1960 Nomor 104 dan Tambahan Lembar Negara Republik Indonesia Nomor 2043.

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara. Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 70 dan Tambahan Lembar Negara Republik Indonesia Nomor 4297).

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal. Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 106 dan Tambahan Lembar Negara Republik Indonesia Nomor 4724.

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara. Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 20079 Nomor 4 dan Tambahan Lembar Negara Republik Indonesia Nomor 4959.

Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 23 tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batu Bara. Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2010 Nomor 29 dan Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 51111.

Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2012 tentang Perubahan Atas Peraturan Pemerintah Nomor 23 tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batu Bara. Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2012 Nomor 45 dan Tambahan Lembar Negara Republik Indonesia Nomor 5282.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 001/PUU-I/2003 perihal Pengujian Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 85/PUU-XI/2013 perihal Pengujian Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumberdaya Air terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945.